福建高等法院金門分院民事判決

115年度上易字第2號

上　訴　人　林慧姈

000000000000000000

訴訟代理人　黃詩琳律師

被 上訴 人　陳清雲

訴訟代理人　史乃文律師

上列當事人間因請求土地抵押權塗銷登記等事件，上訴人對於中華民國115年1月9日福建金門地方法院114年度訴字第56號第一審判決提起上訴，本院於民國115年7月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項

一、按當事人除釋明有民事訴訟法第447條第1項但書之情形外，不得於第二審提出新攻擊或防禦方法，此觀同條第1項、第2項之規定即明。

二、查本件被上訴人起訴請求上訴人應將其所有坐落金門縣○○鎮○○段0000○0000地號土地設定如原判決主文第一項所示之最高限額抵押權（下稱：「系爭抵押權」）及原判決主文第二項所示預告登記（下稱：「系爭預告登記」）塗銷。上訴人於原審答辯系爭抵押權所擔保之債務仍未清償，原審於民國（下同）114年10月29日言詞辯論期日，詢問上訴人所主張被上訴人尚未清償之債權，是否僅以附表所示之戊支票及其利息為限，經上訴人表示「僅以戊支票及其利息為限，不另主張兩造間其餘債權債務關係」等語（見原審卷第223頁），原審乃協同兩造整理並協議簡化爭點，兩造爭執事項第2、3項為：上訴人是否有戊支票債權？是否為系爭抵押權

擔保效力所及？戊支票債權是否業經清償而消滅？（見原審卷第226頁），嗣原審於114年12月12日言詞辯論期日宣示言詞辯論終結，定115年1月9日宣判（見原審卷第320頁），上訴人則於114年12月18日委任原審之訴訟代理人，並於114年12月29日具狀主張：尚有附表所示己、庚支票及辛本票債權尚未獲得滿足，而為系爭抵押權擔保效力所及，故被上訴人訴請主張塗銷系爭抵押權並無理由等語（見原審卷第353至355頁），原審則於115年1月9日以戊支票債權本息業已清償為由，判決上訴人應塗銷系爭抵押權及系爭預告登記。

三、上訴人以尚有附表所示己、庚支票及辛本票債權尚未獲得滿足，而為系爭抵押權擔保效力所及為由，提起本件上訴（見本院卷第35至38頁），並主張其係依民事訴訟法第447條第1項第1、2、5、6款規定，於第二審提出關於己、庚、辛票部分等之新攻擊防禦方法（見本院卷第144、145頁、第234至236頁、第249頁）。而本院已於115年2月9日將上訴狀繕本送達被上訴人（見本院卷第21頁送達證書）。

四、按民事訴訟法第447條第1項但書第6款「所謂如不許其提出顯失公平，係指為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，始例外准許當事人提出之（第447條立法理由參照）。關於顯失公平之判斷，應綜合於第二審提出新攻擊或防禦方法之當事人，其未於第一審提出之歸責程度、蒐集事證能力及手段之強弱、逾時提出致訴訟程序遲延之情形；如不許提出，其可能遭受之實體不利益；如許該當事人提出，他造對該新攻擊或防禦方法進行攻防之程序保障、為此可能增加之程序不利益等個案狀況為考量」（最高法院112年度臺簡上字第16號民事判決意旨參照）。經查：

（一）上訴人主張系爭抵押權尚應擔保之己支票、庚支票、辛本票，於原審114年10月29日為前述爭點整理時，均尚在執行之中，當時不無完全受償之期待可能性，然於第二審言詞辯論終結前夕，仍未完全受償（詳如後述），如不准上

訴人於第二審提出此部分攻擊防禦方法，則上訴人可能遭受己支票、庚支票、辛本票債務均無法完全受償之實體不利益。

（二）反之，如准許上訴人於第二審提出此部分之新攻擊或防禦方法，因上訴人至遲已於115年2月9日即收受上訴狀內此部分之新攻擊防禦方法，已如前述，故被上訴人對該新攻擊或防禦方法，已有充分機會進行攻防而受程序保障，並未增加甚多之程序不利益。

（三）綜上所述，應認上訴人於第二審提出關於己、庚、辛票部分等之新攻擊防禦方法，如不許其提出，則顯失公平，且有助於兩造間一次解決紛爭，故應予准許。

貳、兩造聲明與陳述要旨

一、被上訴人部分：

（一）被上訴人因與訴外人許碧珠有資金需求，於106年11月16日向上訴人借款新臺幣（下同）250萬元，上訴人僅交付200萬元，被上訴人與許碧珠並共同開立附表所示甲本票予上訴人收執。許碧珠另於106年8月31日、同年9月7日先後向上訴人借款合計300萬元，之後以現金償還50萬元，餘額250萬元，則由許碧珠開立附表所示乙本票予上訴人收執。

（二）上訴人為擔保借款受償，要求被上訴人設定系爭預告登記，並以上開借款金額500萬元加計百分之20之金額，設定系爭抵押權，上訴人遂辦理系爭抵押權登記及系爭預告登記。

（三）嗣上訴人以甲、乙本票屆期未獲清償為由，向原審法院聲請本票裁定准許強制執行，甲本票經原審法院107年度司票字第8號裁定（下稱：「甲本票裁定」）准予強制執行、乙本票則經同院107年度司票字第42號裁定（下稱：「乙本票裁定」）准予強制執行。其後上訴人執甲本票裁定聲請對被上訴人及許碧珠強制執行，並執乙本票裁定聲請對許碧珠強制執行，分別經原審法院以107年度司執字

第950號強制執行事件（下稱：「950號執行事件」）、107年度司執字第3009號強制執行事件受理（下稱：「3009號執行事件」）在案，原審法院民事執行處並將3009號執行事件併入950號執行事件。

（四）於950號執行事件進行中，許碧珠變賣名下不動產，清償上訴人250萬元，故乙本票所擔保之250萬元借款債權已消滅；甲本票部分，上訴人收受附表所示之丙、丁支票作為清償甲本票所擔保之200萬元借款，且丙、丁支票均經上訴人提示且獲兌現。為此，被上訴人與許碧珠於950號執行事件進行中，對上訴人提起債務人異議之訴，請求撤銷950號執行事件之強制執行程序，經原審法院以109年度訴字第35號民事案件受理，並判決被上訴人及許碧珠勝訴。上訴人提起上訴，本院以110年度上字第4號判決廢棄第一審判決而駁回被上訴人及許碧珠於第一審之訴，理由為「950號執行事件之執行程序已終結，無撤銷強制執行程序之可能」，被上訴人與許碧珠未再上訴而告確定。被上訴人與許碧珠於上開訴訟確定後，另向上訴人提起確認甲本票債權不存在之訴，經原審法院112年度訴字第10號民事判決、本院112年度上字第8號民事判決、最高法院113年度臺上字第1705號民事裁定之三審訴訟程序後，獲勝訴判決確定。

（五）鑑於甲、乙本票之債權均不存在，據以設定之系爭抵押權登記及系爭預告登記，均已失所附麗，則前揭登記對於被上訴人就系爭土地所有權之圓滿行使與價值已有妨害，爰依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人塗銷系爭抵押權登記及系爭預告登記。原審判決被上訴人勝訴，上訴人不服提起上訴。被上訴人答辯聲明（見本院卷第71頁）：上訴駁回。

二、上訴人部分：

（一）系爭抵押權所擔保之債權，除有甲、乙本票外，另有附表所示之戊支票、己支票、庚支票、辛本票。其中戊支票經

提示未獲付款；而己、庚支票債權合計120萬元，經原審法院核發108年度司促字第502號支付命令（下稱：「系爭支付命令」），再經上訴人聲請強制執行後，僅受償549,856元，其中13,278元為執行費，此部分上訴人對被上訴人至少仍有663,422元之債權未獲清償；另辛本票債權1千萬元部分，上訴人向原審法院聲請本票裁定准許強制執行，經原審法院108年度司票字第51號裁定（下稱：「辛本票裁定」）准許強制執行，嗣上訴人執辛本票裁定聲請對共同發票人即訴外人張金鳳強制執行，經原審法院以108年度司執字第3966號強制執行事件（下稱：「3966號執行事件」）受理在案，上訴人於3966號強制執行事件中，至少有2,003,980元未獲清償，被上訴人既為辛本票之共同發票人，自應就尚未清償部分負票據責任。

（二）系爭抵押權所擔保之上開債務，迄今尚未獲滿足，被上訴人訴請塗銷系爭抵押權登記及系爭預告登記，顯無理由。

上訴聲明（見本院卷第19頁）：原判決廢棄；被上訴人在第一審之訴駁回。

參、兩造不爭執與爭執事項（見本院卷第247、248頁）

一、不爭執事項：

（一）對於卷內書證之形式真正，均不爭執。

（二）對於法院所調取之土地資料（含抵押權設定與預告登記設定資料）均不爭執。

（三）證人黃國強係上訴人在金門收、放款之代理人。

（四）原判決所稱甲、乙本票所擔保之借款均因清償而消滅。

二、爭執事項：

（一）系爭抵押權登記及系爭預告登記所擔保之債權是否存在？

（二）有無上訴人所指戊、己、庚支票及辛本票債權本息未獲清償情事？

（三）被上訴人本件請求有無理由？

肆、本院之判斷

一、按「稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限。民法第881條之1第1項、第2項定有明文。所謂一定法律關係，係指債權人與債務人間，可生不特定債權之法律關係，且須具有實質限定性及客觀明確性者而言，如基於特定交易契約、基於特定原因與債務人間繼續發生債權之法律關係、與債務人間一定種類交易之法律關係等是。與普通抵押權所擔保之債權，為發生原因客觀存在之特定債權不同。又最高限額抵押權所擔保之債權種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力」（最高法院115年度臺上字第332號民事判決意旨參照）。

二、查系爭抵押權登記之權利人為上訴人，登記日期為106年11月17日，登記之「擔保債權總金額」為600萬元，登記之「擔保債權種類及範圍」為：「擔保債務人對抵押人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、票據、保證所負之債務，登記之「擔保債權確定期日」為108年1月18日，登記之「債務人及債務額比例」為被上訴人、訴外人許碧珠，債務額比例各1分之1（見原審卷第143至149頁登記謄本、第163至166頁土地登記申請書影本），則系爭抵押權擔保之範圍，自應包括附表所示之戊支票、己支票及辛本票，其中祇要有任何票據債務之本息並未清償，均屬前述登記事項所稱「現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來」之債務，而應為系爭抵押權之擔保效力所及，且系爭抵押權所擔保之債務，除被上訴人之債務外，尚包括訴外人許碧珠之債務。

三、己、庚支票部分，上訴人以系爭支付命令（請求之原因事實為己、庚支票債權」）聲請原審法院113年度司執字第7656號執行事件執行被上訴人之財產，合計僅受償549,856元，經原審法院於114年度司執字第7189號執行卷第15頁之系爭

支付命令確定證明書上註記「執行結果：未受償」，並有原審法院執行處函文影本兩份附卷為證（見原審卷第357、359頁），復經本院調閱原審法院113年度司執字第7656號、114年度司執字第7189號執行卷核閱屬實。嗣上訴人再以系爭支付命令聲請臺灣臺北地方法院以115年度司執字第18878號執行事件執行被上訴人之財產（見本院卷第237頁執行命令、第242頁債權計算書），迄今仍未分配案款，有電話紀錄附卷可證（見本院卷第211頁）。被上訴人亦自認：其未就己、庚支票清償等語（見本院卷第100、249頁），故此二張支票債務尚未完全清償。

四、辛本票部分，經上訴人以辛本票裁定為執行名義，聲請3966號執行事件強制執行張金鳳之財產後，仍有不足額2,003,980元，此有原審法院執行處函、強制執行金額計算書影本附卷為證（見本院卷第59至65頁、原審法院108年度司執字第3966號執行卷四第473頁），並經本院調閱該執行卷宗核閱屬實。嗣上訴人再以同一執行名義，聲請原審法院114年度司執字第5144號強制執行張金鳳之財產，直至115年7月23日最後事實審言詞辯論終結前，上訴人僅再受償236,505元、186,995元（見原審法院114年度司執字第5144號執行卷二第201、203頁115年5月21日通知電匯案款之函文），而被上訴人亦表示：有關辛本票目前執行之結果，尚有餘額未受償，其不爭執等語（見本院卷第249頁），故辛本票債務仍未完全清償。

五、按「抵押權為從物權，以主債權之存在為其存在之前提，故如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。此乃基於抵押權不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債權未全部消滅前，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登記」（最高法院85年度臺上字第227號判決要旨參照）。又按「聲請保全左列請求權之預告登記，應由請求權人檢附登記名義人之同意書為之：一、關於土地權利移轉或使其消滅之請求

權。二、土地權利內容或次序變更之請求權。三、附條件或期限之請求權」，土地法第79條之1第1項定有明文。而兩造間非不得就民法第319條規定之代物清償成立代物清償契約，約定如被上訴人不清償上訴人債務時，即有將不動產移轉登記予上訴人之義務。再按「預告登記旨既在保全債權請求權之行使，如該債權請求權已消滅或確定不發生時，該預告登記亦已失其依據，應予塗銷」（最高法院100年度臺上字第608號民事判決意旨參照）；反之，如債權請求權尚未消滅，則該預告登記尚非當然應予塗銷。查被上訴人自承：系爭預告登記係為擔保被上訴人對上訴人之借款等語（見原審卷第15頁），並有兩造均蓋章之土地登記申請書、同意書影本附卷可稽（見原審卷第171至174頁），故應堪信為真實，則因己支票、庚支票及辛本票債務尚未完全清償，而仍為系爭抵押權及系爭預告登記之擔保效力所及，依上述說明，自不應塗銷系爭抵押權登記與系爭預告登記。

六、末按「判決之既判力，係僅關於為確定判決之事實審言詞辯論終結時之狀態而生，故在確定判決事實審言詞辯論終結後所後生之事實，並不受其既判力之拘束」（最高法院39年臺上字第214號民事判決先例意旨參照），「當事人除就確定之終局判決經裁判之訴訟標的，不得更行起訴（既判力之消極作用）外，並就關於基準時點之權利狀態，不得以該確定判決言詞辯論終結前所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，為與該確定判決意旨相反之主張」（最高法院110年度臺上字第217號民事判決意旨參照）。本院就本案係就最後事實審言詞辯論終結前，系爭抵押權及系爭預告登記是否仍有應擔保之未清償債權存在而為判斷，依上述說明，本判決之既判力，不及於本案最後事實審言詞辯論終結後該等債權是否受償之事實，併此敘明。

伍、綜上所述，系爭抵押權及系爭預告登記所擔保之債權仍未完全受償，則被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求塗銷系爭抵押權登記及系爭預告登記，自無理由，不應准許。

原審判命上訴人塗銷系爭抵押權登記及系爭預告登記，於法尚有未合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，應予准許。

陸、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及舉證，經核與判決結果均不生影響，爰不另逐一論述，併此敘明。

柒、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　5　　日

民事庭審判長法　官　邱志平

法　官　許志龍

法　官　伍偉華

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　5　　日

書記官　李麗鳳

附表：

代號	票據種類	發票人	發　票　日（到期日，民國年.月.日）	金　額（新臺幣）	票　　號
甲	本票	許碧珠 陳清雲	106.11.16 （106.11.20）	250萬元	WG0000000
乙	本票	許碧珠	107.01.17 （107.04.14）	250萬元	WG0000000
丙	支票	邵維強	107.06.14	125萬元	AK0000000
丁	支票	邵維強	107.07.14	125萬元	AK0000000
戊 （原審卷第295頁）	支票	陳清雲	106.11.17	250萬元	DU0000000
己 （原審卷第367頁）	支票	陳清雲	107.02.06	60萬元	BEB0000000
庚 （原審卷第369頁）	支票	陳清雲	107.05.06	60萬元	BEB0000000
辛 （原審卷第376頁）	本票	張金鳳 陳清雲	105.01.13 （107.08.06）	1,000萬元	CH577989